

Preliminares ao estudo da estrutura do delito*.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo.

1. O delito é uma estrutura jurídico-social, um fator negativo, mas que integra o mundo cultural do direito; não é, pois, mero fato natural qualificável “ab extra”, segundo os padrões valorativos dominantes numa comunidade. Isto quer dizer que o conceito de delito é o resultado de uma elaboração mental, modelado pelo pensamento reflexo, a partir de dados naturais, ou por outras palavras, é uma “entidade cultural”, cujos elementos componentes, naturais e éticos, devem ser rigorosamente analisados.

A integração do crime na tela do Direito pode, à primeira vista, parecer estranha, pois a consideração necessária dos *elementos naturais*, que estão na base de todo delito, quer com relação à pessoa do réu, quer com relação ao complexo de circunstâncias condicionantes da ação, tem levado, comumente, à materialização do fato delituoso, como se êste fôsse algo situado fora do “mundo do direito”, quando, ao contrário, a experiência jurídica se compõe tanto de *atos lícitos* como de *atos ilícitos*, espécies que são de *atos jurídicos*. A identificação entre ato jurídico e ato lícito é mero artifício de abstração conceitual, com olvido da polaridade inerente à vida do direito, impensável sem o “direito” e o “tôrto”.

* Comunicação apresentada ao III Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo, em 1968.

Não é indispensável aceitar o monismo normativista de Kelsen para reconhecer que o Direito, qual nôvo rei Midas, de certo modo converte em jurídico tudo aquilo em que toca, seja o objeto de sua atenção um ato de comércio, um ato de amor, ou um ato delituoso.

Numa compreensão culturalista do Direito, à cuja luz não há experiência jurídica que não envolva um problema de valoração, a infração penal se constitui da mesma forma como se estrutura o ato lícito, mas com uma diferença essencial de sinal axiológico, conforme a natureza que lhes é própria, pois uma *nega* um valor jurídico, e o outro *realiza* um valor jurídico.

A compreensão do delito como elemento integrante do mundo do direito permite-nos superar tanto às teorias fisicalistas da ação, quanto o seu puro entendimento lógico-formal, máxime quando se pensa que a experiência jurídica é essencialmente axiológica, constituindo uma trama de relações determinadas por fins diversos e opostos, visando-se à ordem num contraste permanente de interesses, com atos positivos (lícitos) e negativos (ilícitos) consoante os clássicos axiomas axiológicos de FRANCISCO BRENTANO:

- a) a existência de um valor positivo é, em si mesma, um valor positivo;
- b) a existência de um valor negativo é, em si mesma, um valor negativo;
- c) a inexistência de um valor positivo é, em si mesma, um valor negativo;
- d) a inexistência de um valor negativo é, em si mesma, um valor positivo.

2. Quando digo que o delito é um “ente jurídico”, situo-me por conseguinte, em função da compreensão fenomenológica da experiência jurídica concreta, e não apenas, no plano puramente conceitual, como o fez a Escola Clássica ao considerar o delito um *ente jurídico*, mas

apenas e tão somente em termos normativos, enquanto violação de uma lei penal aprioristicamente concebida. Se a êsse entendimento formal os positivistas contrapuzeram a visão do crime como *fato natural*, passou-se de uma abstração a outra, devendo o delito ser antes concebido como ente jurídico, sim, como pretenderam os clássicos, mas na concretitude da experiência histórico-social, sem a unilateralidade do racionalismo normativista abstrato.

O conceito de delito como “categoria jurídica concreta”, (e não como pura categoria lógico-formal) longe de representar uma anomalia, resulta de uma exigência conatural ao direito, que, no ato de aplicar sanções e como condição da legitimidade da pena, alberga em seu seio o acusado, respeitando-o como homem e sujeito de direito, por mais repulsiva que possa ser a ação criminosa.

Há, assim, algo de paradoxal no Direito Penal, que, constituído para lutar contra o ato “oposto ao direito”, recebe-o em seu ordenamento, como único modo de combatê-lo, sem atingir a liberdade e os demais valores da pessoa humana, a não ser na medida adequada e necessária à punição de cada infração penal. A experiência jurídica, tal como procuro demonstrar em meu recente livro *O Direito como Experiência*, sendo sempre uma *exigência de liberdade* e uma constante escolha entre múltiplas alternativas, é em si mesma problemática, sendo tal problematismo acentuado pela presença de um outro fator, não menos necessário, que é *exigência de autoridade* capaz de assegurar e preservar a coexistência efetiva das liberdades e o bem estar social.

Não há nada de absurdo no fato de situar-se o *delito* no mundo do direito, a não ser para aqueles autores que o reduzem aos seus elementos materiais. O hábito de pensar-se o delito fora da “experiência jurídica”, — além de implicar o vício lógico de falar-se em crime, como se êste não fôsse sempre um fato *juridicamente* qualificado, — olvida o aspecto essencial, já apontado, da enucleação

jurídica do fato lesivo para que a autoridade possa aplicar a sanção nos limites da *liberdade*, que é o pressuposto lógico e ético da punição mesma. Essa polaridade tensio-nal reflete-se, como veremos, na relação entre os elementos subjetivos e objetivos que estruturam o delito, o que demonstra quão artificial é a disputa travada entre os “analistas” e os partidários de uma visão “sintética” ou de conjunto das notas distintivas do delito.

3. As considerações supra já nos permitem dizer que o delito não se reduz, nem à materialidade do fato, nem se esfuma nos enlaces *formais* da imputabilidade normativa, porquanto nem aquêle seria *fato “jurídico”*, nem aquela seria *norma “jurídica”* se ambos não se qualificassem em função de valorações típicas. A meu ver, é só em virtude dessa triplíce e correlacionada perspectiva que se pode determinar a estrutura do delito, devendo os seus elementos ser objeto da mais cuidadosa análise, mas sem perda da visão sintética do conjunto. Há mais: os três fatores acham-se tão intimamente correlacionados que só se pode pensar em “*fato típico*” enquanto se pensa num *tipo ou escala de valores* dominante no seio do grupo, o que se espelha também na *tipicidade do enunciado normativo*. Como se vê, não se trata de elementos submersos numa unidade amorfa e indiferenciada, mas antes de *fatores sincrônicos*, cujos sentidos se interpenetram e se complementam.

Considerado o problema, não no momento da aplicação da norma penal, mas no da sua gênese, no instante em que dada ação seja reputada penalmente ilícita, torna-se, a meu ver, manifesto que o legislador, no ato de determinar a estrutura conceitual de um novo delito, teve presentes um *fato típico*, considerado lesivo de um bem ou *valor jurídico*, e, como tal, *normativamente reprovável*. Se transpusermos o mesmo raciocínio para o momento da aplicação da regra penal, veremos que só há crime quando um *fato* (que pode ser um *ato* situado como acontecimento

delimitado em uma certa relação espaciotemporal) é lesivo de um bem jurídico, segundo os *valôres* vigentes em dado ciclo histórico, e é considerado axiológicamente negativo (*antijuridicidade* como dimensão axiológica objetiva do fato) e, como tal, reprovável e punível segundo a norma determinadora das razões e limites de culpabilidade. Como se depreende do exposto, a compreensão tridimensional do direito põe sob nova luz a teoria *normativa* da culpabilidade, apresentando-a como o momento culminante e integrante de uma correlação fático-axiológica.

O delito, em suma, como todo elemento da experiência jurídica, apresenta uma *estrutura tridimensional*, pois é só se configura quando se correlaciona um fato a um desvalor na medida tipificada por uma regra de direito, o que tudo demonstra que a *teoria tripartida* dos elementos constitutivos do delito (tipicidade fática, antijuridicidade e culpabilidade) encontra a sua razão de ser na essencial estrutura tridimensional, fático-axiológico-normativa, do delito mesmo. É a razão pela qual, se nem sempre aqueles elementos se apresentam claramente distintos, tornando-se difícil, em certos casos, distinguir entre fato e antijuridicidade ou entre esta e a culpabilidade, não é dito que não estejam sempre presentes em toda ação criminosa, nem que, como pretende PETROCELLI, com o apóio de BETTIOL, aquela tripartição tenha “um valor inteiramente convencional, em função unicamente instrumental”. Trata-se antes de uma distinção de elementos constitutivos, essenciais à estrutura de todo delito, elementos êsses que, como já salientei, acham-se intimamente correlacionados, de maneira sincrônica, o que explica se possa falar em “elementos normativos do fato”, ou em “elementos subjetivos da antijuridicidade”, sem que isto signifique o mero caráter eurístico ou “programático” da distinção acolhida.

4. Discutem até hoje os penalistas se é preferível empregar as palavras *ato*, *ação*, *conduta* ou, mais genericamente, *fato*, para indicar o “elemento material” (com

quanta apreensão emprego êste termo, na falta de mais adequado!) do delito.

A oposição entre *ato* e *fato* parece-me resultante de uma colocação abstrata do problema, quando, na realidade, os dois conceitos se correlacionam segundo dois ângulos distintos: o genético, e o objetivo. O ato ou a ação (tomados êstes termos como sinônimos) situa-se no momento genético ou materialmente constitutivo do delito; o fato, em última análise, representa o ato enquanto “feito”, já situado nas coordenadas do espaço e do tempo, de tal modo que só pode ser visto como “ato passado”, em si pleno e conclusivo. Tal fato envolve a ação ou a inação do réu na totalidade de sua “circunstância”, a começar pela sua radical circunstancialidade bio-psíquica, corpórea. Quanto a êste último ponto, diz bem GIUSEPPE BETTIOL que se deve “seguir o processo inverso ao seguido pelos positivistas, fazendo confluir sôbre a ação todos os componentes da personalidade ético-social do réu, a fim de que a ação alcance relêvo, realce e conteúdo”.

Quando, pois, se fala em *fato*, como elemento constitutivo do delito, aquela palavra abrange não só o que naturalmente ocorre no plano da ação e é suscetível de ser explicado pelas ciências naturais, mas envolve também a sua “referibilidade” a algo (um *valor*) que torna possível a compreensão mesma do fato, pois, em última análise, não há *fato bruto*, nem ação humana mecânicamente causada, independentemente de valores e de fins.

Quando se fala em “leis naturais” que regem o *fato*, deve-se ter presente que a ação humana resulta de causas e valorações, de fins e motivos, segundo o que HUSSERL denomina “*causalidade motivacional*”, pondo a motivação como lei fundamental do mundo espiritual.

Seja-me permitido transcrever aqui duas passagens de meu livro *O Direito como Experiência*, no qual focalizo alguns aspectos da questão:

“Afirma com razão HUSSERL que, “quando o estudioso, que se move no âmbito das ciências do espírito, fala de *regras*, de *leis*, que regem os modos de comportamento ou os modos de formação de certas figurações culturais, as *causalidades*, que em tais leis encontram uma sua expressão geral, são coisas bem diversas das causalidades naturais”. (Cf. HUSSERL, *Ideen*, II, Cap. 2, §§ 54).

“Na realidade, quando o juiz examina qualquer *fato* trazido ao seu conhecimento, seja êle de natureza civil ou penal, como por exemplo, a recusa do devedor a pagar uma letra de câmbio, ou o furto por êle feito do comprovante da dívida, há em ambos os casos, duas perspectivas distintas, mas intimamente conjugadas: a da *verificação da ocorrência*, como um dado objetivamente certo; e a do *sentido* que lhe é próprio. No ato de certificar-me de um fato, de certa forma já o qualifico, reconhecendo-o e incluindo-o em uma conduta típica: num segundo momento, essa qualificação típica, feita ao nível imediato da causalidade motivacional, é referida à qualificação abstrata contida no *modelo jurídico*, podendo tornar-se ou não uma “qualificação normativa”, da qual deflui *eo ipso* a imputação da responsabilidade ao autor pelas conseqüências jurídicas emergentes do fato.

“É claro que, na certificação do fato, deve-se recorrer a processos e técnicas que pressupõem o determinismo das leis naturais, mas esse enlace causal, não exclui, mas antes exige, o exame da intencionalidade que o acompanha e lhe dá sentido, o que não significa que só por isso deixe o mesmo de ser *objetivo*, isto é, um fato situado delimitadamente no tempo.

“O que ocorre é que, muitas vezes, a percepção do fato na sua manifestação imediata (Fulano feriu Beltrano) é bastante como *base de fato* para um inquérito policial, muito embora possa não sê-lo para a instauração de um processo judicial ou a condenação, mas mesmo aquêle dado de fato elementar é *fato significativo de algo*, correlacio-

nável à possível lesão de um valor, como é o da integridade física da vítima.

“Há, pois, no conceito de *fato*, capaz de interessar ao Direito, sempre uma nota de tipicidade, pelo menos embrionária, nota essa que é de natureza axiológica.

“A rigor, é a já apontada qualificação do fato ao nível imediato da causalidade motivacional que torna possível a síntese ou integração normativa: a tipicidade opera, por conseguinte, como elemento de mediação entre o nexó fato-valor e a solução representada pela norma de direito.

“Pode-se concluir, por conseguinte, que *fato*, para o Direito, no momento dogmático de sua qualificação normativa, não é algo “determinado segundo leis naturais”, consoante a imagem fisicalista que prevalece, por exemplo, em tôda a obra jurídica de PONTES DE MIRANDA; isto é, não é algo pôsto *ab extra*, como uma coisa que “entre”, em dado momento, a fazer parte do mundo do direito, mas já é *fato dotado de sentido*, dêsse mesmo sentido que se objetivou, abstratamente, na estrutura do *modelo jurídico* (.)

“Há, porém, na colocação naturalística do *fato* um aspecto positivo a ser assinalado: é a sua consideração retrospectiva, no passado, como um dado que foi o que foi, ou, em linguagem mais adequada, *que só pode significar aquilo que lhe corresponde como acontecimento concluso*, a ser objetivamente analisado em sua imutável configuração espaço-temporal; o fato é o *já feito* (o não pagamento de uma letra de câmbio, por exemplo, em tais ou quais épocas e circunstâncias) no quadro de sua inalterável causalidade motivacional. Nesse sentido, o jurista deve colocar-se perante o fato com a mesma intencionalidade reprodutiva que dirige o cultor das ciências naturais, ao querer “retratar o fato”, no instante em que se concluiu.

“Por mais, porém, que o jurista se empenhe em despersonalizar-se, procurando captar e reproduzir o fato

sub judice, tal como na realidade se deu, nem por isso o fato deixa de ser uma “estrutura significativa”, ou seja, *um fato a ser valorado nos limites de uma situação espaço-temporal conclusa*. A dificuldade consiste exatamente nesse ponto: em dever-se captar o fato naquele particular instante em que se verificou a incidência normativa, geradora da imputabilidade, a despeito de tratar-se de “momento” de uma realidade histórica cambiante. Note-se, aliás, que o *fato* implica e absorve em si todos os fatos anteriores que se ponham diretamente como seu ingrediente motivacional, sem o que a sua configuração resultaria mutilada. Já os fatos outros, que se seguirem ao *fato “sub judice”*, poderão, sem dúvida, influir na sua qualificação normativa final, mas não podem interferir em sua retratação espaço-temporal básica. Dir-se-ia que o fato é um “fragmento de tempo” cuja história se quer reproduzir, não para efeitos de interpretação histórica, mas de *compreensão normativa*, a qual, implica o seu *sentido temporal*.

“No conhecimento de todo fato humano mister é, com efeito, *compreendê-lo* (no sentido que DILTHEY e os mestres alemães dão ao termo *verstehen*) isto é apreendê-lo em suas objetivas conexões de sentido, numa totalidade concomitantemente intencional e motivacional. O fato que interessa ao Direito é o evento real na plenitude de seu significado, o que envolve tanto o exame de seus enlaces causais como o plano mais profundo das motivações”. (*O Direito como Experiência, cit.*, pgs. 205-206; 207-208, sem transcrição das notas).

5. As considerações acima expendidas demonstram que não há que falar em *fato-puro*, nem em ação natural ou incolor, à qual se agregue, por justaposição normativa posterior, um sentido de antijuridicidade, pois todo fato, juridicamente relevante, já surge, “qualificado ao nível da causalidade motivacional”, sendo insuscetível de ser expli-

cado segundo os esquemas da causalidade natural, ou liames mensuráveis e mecânicos de causa e efeitos.

Na realidade, o fato que está na base de delito, nasce, por assim dizer, colorido ou embebido de valorações, correspondentes ao sistema cultural vigente, o que não significa que essa dimensão axiológica se reduza ao sentido finalista da ação.

A *teoria finalista da ação*, que conta com WELZEL e MAURACH entre os seus mais penetrantes mentores, como tem sido reconhecido até mesmo pelos seus críticos mais veementes, teve o mérito de mostrar a insuficiência da doutrina que situava o problema da ação em termos de mera produção de resultado, muito embora se excedesse fundando a incriminação penal no fim ou propósito do agente, ou melhor, na *finalidade intrínseca ou imanente à ação*. Essa estrutura do delito, com base na finalidade ou no escôpo da ação, teve como conseqüência a fratura da ação mesma, deixando fora do Direito Penal todo o domínio das ações culposas, que se caracterizam pela ausência da intencionalidade no advento do fato punível. Nem valeu para salvar a doutrina o recurso artificial ao conceito de “intenção presumida” ou de “intenção previsível”, como implícito nos crimes culposos.

A unidade da ação será, todavia, preservada, se considerarmos essencial ao delito a sua *fundação axiológica*, que é o cerne da antijuridicidade. Esta depende tanto de elementos *subjetivos* como de *objetivos*, muito embora possa haver compreensíveis variações nos índices de uns e de outros, de conformidade com a natureza peculiar a cada tipo de comportamento. É essencial, preliminarmente, não se identificar o “subjetivo” com o “intencional”, como se o “não intencional”, ou o não desejado e querido, fôsse subjetivamente irrelevante: o fato de não ter havido o propósito de produzir a lesão de um bem jurídico não exclui, mas antes exige o exame do aspecto ou momento *subjetivo* da ação, inclusive para se poder caracterizá-la

ou não como culposa. A “ausência de intenção” constitui, em suma, um elemento subjetivo que se liga a um esquema de valorações objetivas, resultando dêsse duplo fator a determinação da antijuridicidade.

Como se vê, na análise do ato culposo, realizada “*a parte subjecti*”, o elemento intencional é focalizado, por assim dizer, de maneira negativa, em função das consequências *objetivas da conduta*, ativa ou omissiva do agente, desde que em conflito com dado quadro de valores merecedor de tutela penal. Em se tratando de atos dolosos, ao contrário, ganha relêvo e positividade o elemento intencional ou finalístico, ocupando o centro da “*estrutura axiológica*” que condiciona e legitima o juízo de culpabilidade. É preciso, pois, considerar o elemento finalístico da ação como uma das possíveis hipóteses da dimensão axiológica da conduta, aquela na qual a valoração do ato, em sua plenitude, seria impossível sem se levar em conta a intencionalidade ou o querer concreto do agente, a sua vontade ordenada segundo o fim por êle deliberadamente proposto.

Como penso ter demonstrado, em meus livros de Filosofia do Direito, o conceito de *fim* é consecutivo ao de *valor*, visto como um fim é “*um valor enquanto motivo determinante da conduta*”. Dizemos que algo é fim de nossa conduta, quando algo se põe como razão ou *valor* da conduta mesma, pois ninguém se propõe a atingir um *objetivo* que não seja reputado *válido*, ainda que seja errôneo ou insubsistente o juízo formulado. Daí dizer que o elemento finalístico é uma decorrência de um juízo de valor. Essa distinção essencial entre *valor* e *fim* leva-me a distinguir, também, entre a teoria axiológica e a teoria finalista da ação, parecendo-me que só a primeira nos permite a compreensão integral do delito. Por motivos que logo mais aduzirei, o crime, seja êle doloso ou culposo, só é determinável como tal enquanto a ação se situa numa “*estrutura axiológica*”, que implica, concomitantemente,

fatores subjetivos e objetivos, ficando patente a insuficiência da teoria finalista que só dá atenção e relêvo ao elemento intencional da ação.

Não me é possível, nos limites desta comunicação, estender-me sôbre o que denomino “*teoria axiológico-estrutural da ação*”, mas não posso deixar de acentuar que a conduta deve ser sempre examinada em sua concretitude, à vista dos valores e fins a ela imanentes e do que ela significa dentro da estrutura social em que se desenvolve, pois a antijuridicidade de um ato delituoso e a sua reprovação repousam sôbre um “*plexo de valorações*”, desde as que convergem para o âmago da consciência do agente, até as que buscam as pautas estimativas objetivadas ao longo do processo histórico.

Nenhuma ação humana alberga um *sentido* a ela imanente e nela todo concluso, pois, se a sua significação é inseparável dos elementos que lhe são peculiares, também depende do complexo de circunstâncias em que o fato ocorre. Consoante tem sido reconhecido por pensadores das mais diferentes tendências, como é o caso, por exemplo, de JASPERS e de AYER (Cf. *O Direito como Experiência*, cit., pp. 175 e segs.) todo ato humano não é apenas condicionado quanto à sua gênese, mas também o é quanto ao seu significado: êle é o que é numa certa “estrutura”, graças à qual adquire sentido e se torna “comunicável”.

Prefiro dizer que tôda conduta possui um *sentido* que lhe é próprio, sentido êsse resultante tanto de fatôres imanentes ao seu processo, como de elementos que com os mesmos se correlacionam numa *forma* (*Gestalt*) ou *estrutura axiológica*, que representa, por assim dizer, a figura do ato em sua significação integral. Assim sendo, a ação ou a omissão do réu é *componente essencial* da estrutura do delito, mas não é elemento bastante para a formação de um *juízo normativo de culpabilidade*, o qual implica sempre a referência do ato singular a dois padrões correlatos, o da *tipicidade fática* e o da *tipicidade axiológica*,

esta correspondente à escala de valores consagrada na legislação em vigor.

Note-se, por outro lado, que a todo ato corresponde uma estrutura axiológica, e só uma, pois não é ela configurável segundo os critérios subjetivos do intérprete, mas sim em função dos modelos positivados pela lei penal, que delimita previamente o campo da culpabilidade, atuando o juiz penal como operador de modelos normativos cerrados, insuscetíveis de aplicação analógica.

Pois bem, nesse contexto estrutural, o elemento intencional ou finalístico pode inexistir, sem que isto prive a ação de sua qualificação como delito, se da ação ou omissão resultar dano a um bem jurídico, segundo um juízo de culpabilidade que ponha em confronto o ato com certo tipo ideal de conduta. Note-se, aliás, que quando me refiro a um “tipo ideal de conduta”, não cuido de algo transcendente ou alheio às contingências humanas, mas digo apenas que o legislador penal consagra um modelo pragmático de ação, concebido como o tipo provável e aprovável do comportamento que normalmente se deve exigir de um homem comum num contexto de condições correntes. Logo, não há que falar em “intenção presumida”, por parte do agente, a fim de poder-se reprovar o ato culposos e considerá-lo punível, pois a culpabilidade resulta *normativamente* da situação do ato num contexto ou estrutura de ordem estimativa, tal como se põe nos limites da lei penal.

Pune-se, em suma, a ação culposa porque consoante os postulados axiológicos lembrados no início deste trabalho, a inexistência de um valor positivo é em si mesma um valor negativo.

Dêse modo, qualquer que seja a espécie de ação considerada, todo juízo de *culpabilidade* implica, como já foi dito, a referência de uma “tipicidade fática” a uma “tipicidade axiológica”, o que explica o caráter normativo da culpabilidade como tal, só por equívoco redutível a

uma categoria psicológica, bastando lembrar que ela existe independentemente do fato do réu se reconhecer ou não culpado.

Em conclusão, em todo delito, *tipicidade fática, anti-juridicidade e culpabilidade* se integram e se correlacionam, para dar-nos a plenitude de seu significado, devendo aquelas notas determinantes ser examinadas analítica e sinteticamente, como elementos distintos de uma unidade estrutural, ficando concomitantemente atendidos, de um lado, a intencionalidade pessoal e irredutível do agente e, do outro, o significado social objetivo de sua conduta.